التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم

في

الفقه الإسلامي والقانون المدنـــي

إعداد

أ . د / لاشين محمد يونس الغيـاتــي

أستاذ القانون المدني

عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

٢٠٠٢م - ١٤٢٣ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

****

المقدمـــــة

إن مشكلة تزاحم الشفعاء عند تعددهم من المشاكل التي تثار دائما عند الأخذ بالشفعة – وفي الحياة العلمية والعملية وفي ساحات المحاكم بسبب المنازعات والخصومات والتزاحم بين الشفعاء عندما يطلب أكثر من شخص له الحق في الأخذ بالشفعة والحصول على العقار المبيع .

وهذا التزاحم قد يكون بين شفعاء مـــن طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة . أو مع المشتري الذي توافرت فيه شروط الشفعـــة .

وقد حسم المشرع الوضعي هذه المشكلة بوضع عدة ضوابط في المادة ٩٣٧ من القانون المدني المصري مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي وهذا ما دفعني إلى بيان حكم تزاحم الشفعاء عند تعددهم في الفقه الإسلامي والقانون المدني مع المقارنة بينهما .

حتى يتبين للدارسين والمهتمين بموضوع الشفعة وخاصة طلاب الدراسات العليا مدى سمو الفقه الإسلامي ومكانته وسبقه لإثارة هذه المسألة ووضع الحلول لها ، وصلاحيته لكل زمان ومكـــان .

وهذا البحث يتناول عدة نقاط هي :

١ – تعريف الشفعة .

٢ – حكمهـــا .

٣ – حكمتها .

٤ ـ التكييف الشرعي والقانوني للشفعة ٠
٥ ـ أركان الشفعة ٠
٦ ـ أسباب الشفعة ٠
٧ ـ تزاحم الشفعاء في حالة تعددهم في الفقه الإسلامي والقانون المدني ٠

مع المقارنة في كل هذه المسائل حتى يتبين للباحث والدارس مدى أهمية الموضوع الذي يعد نواة لإحدى الرسائل العلمية ٠

أ ٠ د / لاشين محمد يونس الغياتي

الشفعة

١- تعريفها :

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية [م ٩٣٥ مدني]

ويؤخذ من هذا التعريف ان الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا بل هي رخصة ومصدر من مصادر الحقوق العينية وسبب لكسب الملكية والانتفاع والحكر ، ولا تتحقق إلا في العقار .

والشفعة نظام مصدره الشريعة الإسلامية فهي المصدر التاريخي لنصوص الشفعة التي يمكن الرجوع في تفسيرها إلى الفقه الإسلامي ، دون التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي مع مراعاة التوفيق بين أحكام هذا الفقه والمبادئ العامة للتشريع المدني .

الشفعة في الفقه الإسلامي :

هي [تمليك البقعة جبرا علي المشتري بما قام عليه أوهى حق تملك قهري يثبت للشريك القديم علي الحادث فيما ملك بعوض] (١)

١- حاشية رد المختار علي الدر المختار ١٤٢/٥
نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٩٢/٥

وقد عرفت المادة ٩٥ من مرشد الحيران [الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا علي المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن] والمؤن هي المصروفات كأتعاب السمسار أو نفقات تحرير البيع أو رسوم التسجيل ٠

وعرفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها [حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه رضي أم أبي] (١)

٢ـ حكمها :

الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع ، ولمن يثبت له هذا الحق الخيار في المطالبة به أو تركه ، إلا ان بعض الشافعية يرون انه ترتب علي تركه معصية، كما لو اشتهر المشتري بالفسق والفجور فانه ينبغي ان تكون المطالبة به مستحبا أو واجبا ان تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور ٠ (٢)

واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله (ض) قال: [قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة] (٣)

ويقول الرسول (ص) [جار الدار أحق بالدار] (٤)

وقال ابن المنذر : اجمع أهل العلم علي إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض أو دار أو حائط ٠ (٥)

١ـ أحكام المعاملات الشرعية لشيخ علي الخفيف ص١٠٩ ، وبحث الشفعة مجلة القانون والاقتصاد ص٤٤٥ وما بعدها ٠

٢ـ الزيلعي ٥/ ٢٣٩ ، ونهاية المحتاج ٥/ ١٩٢-١٩٣ ، المغني لابن قدامه ٥/ ٤٥٩ ـ الموسوعة الفقهية لدولة الكويت جـ ٢٦ مصطلح شفعة

٣ـأخرجه البخاري ٤/٤٣٦ ٤ـ أخرجه الترمذي ٣/٦٤١

٥ـ مغني المحتاج ٢/ ٢٩٦ ، المغني ٥/ ٤٦٠

٣ـ حكمتـــــها :

و حكمة مشروعية الشفعة : دفع الضرر عن الشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع اتصـــال شـــركة أو اتصال جوار ٠

ويقول ابن عابدين : دفع الضرر الذي يحتمل وقوعه ، بين الشركاء أو الجيران نتيجة إعلاء الجوار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار و إيقاف الدواب والصغـار ٠ (١)

ويقول ابن القيم [لما كانت الشركة منشا الضرر في الغـــالـب وكان الخلطاء كثيرا ما يبغي بعضهـم علي بعـض شـــرع الله سبحانه وتعالي رفـــع هـــذا الضـــرر بأحـــد طـريقيـــن :
(١) ـ بالقسمة تـــارة وانفـــراد كـــل مـــن الشريكين بنصيبه ٠
(٢) ـ وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحـــد الشريكين بالجملة إذا لم يكن علي الأخر ضرر في ذلك ٠

فـــإذا أراد بيـــع نصيبـــه واخذ عوضه كان شريكه أحق به مـــن الأجنبي وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهـما كـــان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضـرر الشركة ولا يتضرر البائع لانه يصل إلى حقه من الثمن وكـــان هذا من اعظم العدل واحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطـــر ومصالح العباد ٠] (٢)

ويبين الفقه المعاصر جانبا من الحكمة حيـــث يـقـــول :
[فقد يكون ذلك الشخص ـ المشتـري ـ غليـظ الطبـــع رديء الخلق سئ المعاشرة بين الأثرة ، لا يـرعي لشريكه أو لجاره حرمة ، ولا يعرف له حقا ، ولا يلحظ له وجـــود ا ، يـؤلمـــه بأفعاله ونظراته ويسوؤه بأقواله وصياحه ، وفي البعـــد عنـــه رحمة وفي الخلاص من شروره نعمة] (٣)

١- ابن عابدين ١٤٢/٥ ٢- أعلام الموقعين ٢٤٧/٢
٣- الشيخ علي الخفيف - المرجع السابق صـ ٤٩٩

فضلا عن ذلك فان الشفعة لها فوائدها الاقتصادية في الغالب [فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلى ضم ما تفرق في حق الملكية ، فتجتمع للمالك سلطاته على الشيء ، وثبوتها في حالة بيع الشريك حصته لاجنبي يؤدي إلى إنهاء الشيوع٠] (١)

٤ـ التكييف الشرعي والقانوني للشفعة :

اختلف الفقه الوضعي في تكييف الشفعة ٠ حيث يرى البعض بأنها حق عيني إذا تخول للشفيع حقا مباشرا على الشيء محل الشفعة ـ المشفوع به ـ وهذا يسري بالنسبة للكافة ٠

ويرى البعض بأنها حق شخصي يمنح لاعتبارات شخصية أي تتعلق بشخص الشفيع وظروفه الخاصة به ٠

ويرى فريق أخر بان الشفعة حق ذو طبيعة مزدوجة أي مختلطة حيث يرد علي عقار فيكون حقا عينيا ، وفضلا عن ذلك فانه قد تقرر لاعتبارات شخصية فيكون حقا شخصيا أي حقا لصيقا بشخص الشفيع ٠ (٢)

والذي نراه بان الشفعة رخصة وليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا ، فهي واقعة مادية تعتبر سببا لكسب الملكية أشبه بالميراث أو الالتصاق أو الحيازة كما هو مقرر في الفقه الإسلامي ٠

١ـ د ٠ عبد المنعم الصده صـ ٤٠٨ ف ٢٧٤

٢ـ انظر عرض هذه الآراء د٠ محمد كامل مرسي في الحقوق العينية الأصلية ١٥٧/٣ ـ د ٠ محمد علي عرفه ٢١٤/٢
د٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢١٨ ـ د ٠ السنهوري ١٦٢/٩

وإذا قلنا بان الشفعة تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبرا عـن المشتري فإنها تعتبر قيدا علي حرية التصرف حيث تثبت في الفقـه الإسـلامـي علي خلاف الأصل والقياس دفعا لضرر متوقـع للشفيـع بسبـب اتصـال ملكـه بالعقـار المبيع . فالشفعة قيد خطير علي حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار في المعاملات العقارية .

ولـــذلـك لا نقـول بشفعة الجوار إلا في حالة واحدة ، وهي ان يكون للجار حق ارتفـاق علي عقار جاره ، أو يكون علي عقار الجار حق ارتفاق لجـــاره . (١)

٥ ـ أركـان الشفـعـة :

أركـــان الشفعـــة فـي الفقـه الإسـلامـي هـــي :

١-الشفيع : وهـــو الأخــذ للشـيء مـحـل الشفـعـــة .

٢-المأخوذ منه: وهو المشتري الذي يكون العقار في حيازته

٣- المشفوع فيه: وهو العقار المأخوذ أي محل الشفعة .(٢)

ويري الفقه الوضعي : ان الشفعة نفترض ان هناك شفيعا وهو الـذي يـأخـذ بالشفعـــة .

ومشفوعا منه: وهـــو المشتـري الـذي يحـل محـل الشفيـع

وبائعا لهذا المشتري : وهـــو الـذي حل الشفيع بازائه مشتريا محل المشتـري الأصلـي

وعقارا مشفوعا به : وهو العقار المملوك للشفيع وقـد شفع به

وعقارا مشفوعا فيه : وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلـي وشـفــع الشفيـــع فيه . (٣)

١ـ د . محمود جمال الدين ف ٢١٩ ، د . عبد المنعم الصده ف ٣٧٤

٢ـ شرح الكنز للزيلعي ٢٤١/٥

٣ـ د . السنهوري ١٦٢/٩ ، د . جمال الدين زكي ف ٢١٨

٦ ـ أسباب الشفعة :

بينت المادة ٩٣٦ مدني الشفعاء وهم :

(١) ـ مالك الرقبة في حالة بيع حق الانتفاع كله أو بعضه ٠

(٢) ـ الشريك في الشيوع في حالة بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي ٠

(٣) ـ صاحب حق الانتفاع في حالة بيع كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ٠

(٤) ـ مالك الرقبة في الحكر في حالة بيع حق الحكر ، وللمستحكر في حالة بيع الرقبة ٠

(٥) ـ الجار المالك ٠

ونبين هؤلاء الشفعاء وفقا لهذا الترتيب مع بيان حكم تزاحم الشفعاء في حالة تعددهم ٠

المطلب الأول
مالك الرقبة في حالة بيع حق الانتفاع

حكم الشفعة فى حق الانتفاع :

تنص المادة ٩٣٦ /١ مدني علي انه[يثبت الحق في الشفعة لمالك الـرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه]

ويفهـم من هذا النص انه لو كان العقار محملا بحق انتفاع وباع المنتفـع حقـه كله أو بعضه لرجل أخر غيـر مالك الــرقبة ، فان لمالك الرقبة الحق في اخذ المبيع بالشفعة ، حتى تكون ملكيته للشيء ملكية تامة .

والشفعة في هذه الحالة لا تكون سببا لكسب الملكية ، بل تكون سببا لكسب حق الانتفاع .

وفي حالــة تعـدد مـالكي الــرقبـة كـان من حقهم مجتمعين الأخذ بالشفعة كل منهم علي قدر نصيبه ، فـإذا طلب أحد منهم فلا يجوز لـه ان يشفع في المبيع إلا بقدر نصيبـه فـي الــرقبـــة .

بشــرط ان تكــون الصفقة قـابلة للتجزئة في ضوء الغرض المقصود منها . فان كانت لا تقبل التجزئة فلا يجوز له الأخذ بالشفعة .

وحينئذ يكون له إجبار الشفيع علي اخذ حق الانتفاع كله أو ان يتركه كله منعا لتفريق الصفقة .

وتسرى هذه الأحكام علي حــق الاستعمــال وحــق السكني فيثبت الحق في الشفعة لمالك الـرقبـة في الحالات التي يجوز فيها بيعها . (١)

١- د . السنهورى ٩/١٨٠ ، د. محمود جمال الدين ف٢٣٤
د .عبد المنعم الصده ف ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، -
د . محمد علي عرفه ف ٢٢٦

المطلب الثاني
الشريك في الشيوع

يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي ٠ [٢/٩٣٦ مدني]

ويفهم من هذا النص انه يلزم لتطبيقه ثلاثة أمور :
الأمر الأول : وجود عقار شائع وقت البيع فلا تقوم الشفعة لاحد المتقاسمين ، إذا باع أحد الشركاء نصيب المفرز من العقار الذي كان شائعا قبل القسمة ولا للشريك الذي اشتري حصة شائعة ولم يسجل عقد شرائه قبل البيع٠ (١)
الأمر الثاني : بيع أحد الشركاء حصته الشائعة ، لان بيع جزء مفرز لا يكون نافذا في مواجهة باقي الشركاء ولا يكون المشتري لهذا الجزء مالكا مع الشركاء بموجب هذا البيع أي لا يعتبر شريكا في العقار الشائع ، بل يكون جار ملاصقا إذا ما اقر الشركاء هذا البيع ويطلب الشفعة بصفته جارا لا بصفته شريكا ٠
الأمر الثالث: بيع الحصة الشائعة لاجنبي ٠
فإذا باع الشريك المشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله ، لما جاز لشريك مشتاع ثالث اخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ٠ لان بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة ، يجب ان يكون صادرا من أجنبي لا إلى شريك مشتاع ٠ (٢)

[والعقار الشائع الذي يجوز الأخذ بالشفعة إذا بيعت حصة شائعة فيه ، يكون في العادة عقارا مملوكا ملكية تامة علي الشيوع لاكثر من شخص ، ولكنه قد يقتصر علي ملكية الرقبة لعقار أو حق انتفاع علي عقار ، فإذا كانت الرقبة أو الانتفاع

١ـ د ٠ محمود جمال الدين ف ٢٣٥
٢ـ د ٠ السنهوري ف ١٨١

لأكثر من شخص علي الشيوع بينهم ، إذا باع أحد الشركـــاء حصته الشائعة في الرقبة لاجنبي قـــام الحـــق في الشفعــــة لشركائه فيها أو باع أحد الشركاء حصته الشائعـــة فـي حـــق الانتفاع ، قام الحق في الشفعة لشركائه فيه ٠] (١)

ويري بعض رجال القانون ان المقصود بالشريك في المـــادة ٩٣٦ /ب هو : الشريك في الملك لا الشريك في الانتفاع الذي لا يكون له الحق في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، لجمع ما تفـرق من حق الملكية ، أما إذا بيعت حصة شائعة في حق الانتفـــاع فليس لشريك أخر فيه ان يأخذها بالشفعة ٠ (٢)

المطلب الثالث
صاحب حـق الانتفـــاع

تنص المادة ٩٣٦ /جـ مدني علي ان [لصاحب حـق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضـهـــا] حق الشفعة حيث تثبت له صفة الشفيع في المرتبة الثالثة بعــد مالك الرقبة و الشريك في حصة شائعة ٠

ويفهم من هذا النص ان صاحب حق الانتفاع في هذه الحالة يشفع في الرقبة ((في المرتبة الثالثة)) بخلاف ما لـــو كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع فانه يشفع فيـــــها كشريك في الشيوع ومن هنا يأتي في المرتبة الثانية كسائـــــر الشركاء في الشيوع ٠

والغرض الذي يعنينا هنا هو وجود عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص أخر ،فاصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط ٠

١- د ٠ محمود جمال الدين صـ ٢٣٥ - د٠ عبد المنعم الصده ف ٢٧٩ -
د ٠ السنهوري ١٨١/٩ - د ٠ محمد علي عرفه٢٣٦/٢ -
د ٠عبد الفتاح عبد الباقي ف ٢٥

٢- د ٠محمد كامل مرسي الحقوق العينية الأصلية ٢١٤/٣ -
د ٠ عبد المنعم البدراوى ف ٩٠- الحقوق العينية الأصلية

ولو فرضنا بان مالك الرقبة قد تصرف فيها بالبيع ، فان صاحب حق الانتفاع يكون له حق الشفعة في الرقبة المبيعة لجمع ما تفرق من حق الملكية .

حيث يصبح مالكا للعقار ملكية تامة وهذا هو الهدف الذي من اجله نص عليه المشرع وجعل لصاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة .(١)

المطلب الرابع

شفعة مالك الرقبة في الحكر و المستحكر في الرقبة

وفقا للمادة ٩٣٦ / د فانه يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الحكر ، ويثبت الحق للمستحكر إذا بيعت الرقبة ، والدافع إلى ذلك هو جمع عناصر الملكية المتفرقة في يد أحدهما (مالك الرقبة ـ المستحكر) وإنهاء الحكر الذي لم يعد مرغوبا فيه لحمله الثقيل علي العقار .

إلا ان حق الحكر لم يعد جائزا ترتيبه إلا علي الأراضي الموقوفة وقفا خيريا ابتداء من نفاذ القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

بل من حق وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف إنهاء الاحكار المترتبة علي الأوقاف الخيرية . فإذا بيعت الرقبة الموقوفة بطريق الاستبدال ، كان من حق المستحكر ان يأخذها بالشفعة ليصبح المالك لها ملكية تامة . ولا يجوز للوقف ـ أي وزارة الأوقاف ـ الذي له الرقبة ان يأخذ بالشفعة فيما لو باع المستحكر حقه في الحكر ، إذا لا شفعة للوقف وفقا للمادة ٢/٩٣٩ مدني التي تنص علي انه [لا يجوز للوقف ان يأخذ بالشفعة] .

إلا ان الشفعة لا زالت جائزة فيما بقي من احكار قديمة علي الأعيان غير الموقوفة التي تقرر عليها احكار قبل العمل بالقانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

١- د . السنهوري ١٨٢/٩ - وانظر بقية الفروض الذي عرضها في مؤلفه ص٥٥٦- ٥٥٨ .

المطلب الخامس
شفعة الجار المالك

وفقا للمادة [٩٣٦ /هـ مدني] يثبت الحق في الشفعة للجار المالك في الأحوال الآتية :

أولا - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القري .

ثانيا - إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق علي ارض الجار أو كان حق الارتفاق لارض الجار علي الأرض المبيعة .

ثالثا - إذا كانت ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل

ومن هذا النص نستنبط الشروط العامة التي يجب توافرها لثبوت حق الشفعة للجار المالك للعقار أيا كان نوعه:
وهذه الشروط هي :-

١- ان يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقان . فالشفعة تقوم أساسا علي التلاصق في الجوار ، بحيث يكون العقار المشفوع به (المملوك للشفيع) ملاصقا للعقار المشفوع فيه (العقار المبيع) وقد ذهب بعض رجال القانون ويؤيدهم جانب من القضاء إلى ان المراد بالتلاصق بين العقارين هو الامتداد بقدر كاف لتبرير الشفعة كنصف الحد أو ثلثه ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية .(١)

١- د . محمد كامل مرسي ف ٢٢٢ و ما أشار إليه من أحكام ص٢٤٢
د . محمود جمال الدين زكي ف ٢٣٨

إلا ان المشرع لم يطلب سوي التلاصق في الجوار ايا كان قدر امتداده حتى ولو كان شبرا واحدا كما ذهبت محكمة النقض في كثير من أحكامها ٠ (١)

ولا يتحقق التلاصق في الجوار إذا فصل بين العقارين طريق عام أو ترعة عامة أو ارض مملوكة للغير ، بخلاف ما لو كان الفاصل طريق خاص مشترك بينهما أو مصرف مشترك ملك الجارين أو للشفيع ولو كان لغيرهما حق ارتفاق عليه ، فان التلاصق يكون متحققا ويثبت الحق في الشفعة ٠ (٢)

٢- ان يكون الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ٠ سواء كانت ملكيته للعقار ملكية تامة أم ملكية رقبة فقط أو ملكية بناء دون الأرض ، وسواء كانت ملكيته مفرزة أو شائعة فللمالك حق المطالبة بالشفعة علي أساس الجوار ولو لم يشترك معه الآخرون ، لان الحصة الشائعة عقار يجيز لمالكه ان يأخذ بالشفعة ٠

٣- ان يرد البيع علي الملكية :

يشترط لثبوت الشفعة ان يكون البيع واردا علي الملكية سواء كانت الملكية تامة أو ملكية رقبة فقط مفرزة أو شائعة أو علي البناء دون الأرض ٠

أما إذا كان المبيع حق انتفاع علي العقار المجاور فلا يجوز للجار أخذه بالشفعة وهذا هو الغالب في الفقه الوضعي (٣) خلافا للبعض حيث يرى جواز الشفعة للجار الملاصق إذا ورد البيع علي حق الانتفاع لان رأي الأغلبية لا يستند في نظر البعض إلى أساس قانوني ٠ (٤)

١- نقض أول إبريل ١٩٥٤ اشار إليه د ٠محمود جمال الدين المرجع السابق

٢- د ٠٠السنهوری ف ١٨٤

٣- د ٠ محمد كامل مرسي ف٢٢٤،٢٥٠ - د٠عبد المنعم البدراوي ف٤٠٠،٤٠٨ ، ٤٢٤ - د٠ عبد المنعم الصده ف٢٩٠- د٠محمد علي عرفه ف٢٥٤ - د٠عبد الرازق حسن فرج الحقوق العينية الأصلية ف٣٩ د٠ مصطفي الجمال / نظام الملكية صـ ٤٢٣

٤- د ٠السنهور ى ١٩٥/٩ - د٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٣٨

حـــالات الـجـــوار :

توجد ثـلاث حـــالات تثبت فيها الشفعة علي أساس الجـوار نبينها فيـما يلــي :

الحالة الأولى للجوار: المباني والأراضــي المعــدة للبناء

الحق في الشفعة يثبت للجار المالك في العقارات من المباني أو في الأراضي المعدة للبناء في المدن أو القري بشرط التلاصق في الجوار ولو من جهة واحدة ٠
فالتلاصق المطلوب بين الأرض المشفوع بـها والمشفوع فيـها دون الأبنية القائمة علي كل منها٠ (١)
أما إذا كان الجار يشفع ببناء في بناء مثل ما لو كان الشفيع مالكا للبناء وحده ، وبيع البناء الذي يجاوره وحده دون الأرض التي شيد عليها ٠ فلابد من وجود التلاصق بين البناءين بذاتهما ، بالحائط الفاصل بينـهما او ملاصقة جدار كل منـهما للأخر ٠
لان الشفعة تثبت بالبناء وحده وفي البناء وحده دون الأرض المقام عليها البناءين حتى ولو كانت الأرض ملاصقة للأخـرى

ويقول أستاذنا الدكتور السنهورى :
{ والمعتاد ان يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية ، أي يكون إلى جانبه في أية جهة من جهاته ٠ ولكن يجوز مع ذلك ان تكون الملاصقة راسية ، لا أفقية ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه في أعلاه أو في أسفله ، وهذا يتحقق في ملكية الطبقات ٠ ففي البناء ذي الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين ، تكون اعلي طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها ، وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها كـذلك(٢)

١- د٠ عبد المنعم الصده ف ٢٨٤
٢- د ٠ السنهورى ٩/ ف ١٨٥

ويترتب علي ذلك ان الحق في الشفعة ثابت لمالك السفل إذا بيع العلو ، ولمالك العلو إذا بيع السفل ٠

أما في ملكية الشقق التي تتضمن شيوعا إجباريا للملاك في الأجزاء المشتركة فنرى مع جانب من الفقه الوضعي ثبوت الحق في الشفعة لمالك كل شقة إذا بيعت إحدى الشقق الأخرى ، ولو لم تكن ملاصقة لشقته ، لا علي أساس الجوار بل باعتباره شريكا في الشيوع في الأجزاء المشتركة ٠ (١)

الحالة الثانية للجوار: للأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق لأرض الجار(الأراضي الزراعية)

في هذه الحالة حتى يثبت حق الشفعة بالجوار يشترط فضلا عن التلاصق بين الأراضي غير المبنية أو غير المعدة للبناء ، ان يوجد حق ارتفاق للأراضي المشفوع فيها علي الأرض المشفوع بها أو العكس ٠ حيث يترتب علي الأخذ بالشفعة زوال حق الارتفاق في الفرضين ، وتتخلص مما عليها من حقوق الارتفاق في كلا الفرضين ، وتزول أسباب النزاع التي تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لارض علي أخرى (٢) وحقوق الارتفاق أيا كان مصدرها ـ الاتفاق أو الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو كسب بالتقادم كحق الشرب أو المجري أو المسيل أو المرور فهي تجيز الأخذ بالشفعة ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التي تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار أخر كالقيود الخاصة بالري من شرب ومجري ومسيل ، ومرور قانوني والمطلات المواجهة أو المنحرفة ٠ فهذه القيود أيا كان تكييفها- قيود قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية ـ فان قيام أي نوع منها يسوغ الأخذ بالشفعة ٠(٣)

١- د ٠ محمود جمال الدين زكي ف٢٣٩ - ونفس المعني د ٠محمد علي عرفه - د ٠السنهوري المراجع السابقة

٢- د ٠السنهوري ف١٨٦- د ٠ محمد كامل مرسي٢٣٦/٣

٣- د ٠السنهوري ف ١٨٦ _د ٠ عبد المنعم الصده ف٢٨٣- د ٠محمود جمال الدين زكي ف ٤٤١

وإذا كان سبب الشفعة في هذه الحالة وجود الارتفـــاق ، لارض الجار أو عليها ، فان زوال هذا الحق يؤدي ضرورة إلى سقـوط الحق في الشفعة ٠ (١)
فإذا تنازل المشتري عن حق الارتفاق الــذي للأرض المبيـعـة علي ارض الجار ، فان هذا الحق يزول ويسقط حيث لا مبــرر للشفيع (الجار) في الأخذ بالشفعة ٠

لكن متى يؤدي نزول المشتري عن حق الارتفاق أثره في إسقاط الشفعة ؟؟
هـــل قبــل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري؟؟
أم قبـــل رفع الدعوى أم قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة؟؟
اختــلــف الفقــه الــوضعـــي فـــي هـــذه المســالــــة :

١- يرى جانب من الفقه ان نزول المشتري عن حقه لا يــؤدي إلى المنع من الأخذ بالشفعة إلا إذا صدر قبل الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشتري ٠ (٢)
حيث يشترط للأخذ بالشفعة ان يظل سببها قائما من وقــت صدور البيع إلى ان يحكم بها أو يسلـم بـــها المشتـــري ٠

٢- ويرى البعض الأخر ان نزوله لا يعتد به بعــد رفـــع دعوى الشفعة التي يستقر بها حـق الشفيـع فـي تمـلك العقــــار المشفوع فيه جبرا عن المشتري ٠
{ فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنــزول المشتــري عن حق الارتفاق من اثر لانه لا يستطيع بعمله وحده ان يغيـــر من النتائج القانونية التي تترتب علي رفـــع الــدعـوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة ، وهو حق اقره له القانون وقام هو بالمطالبة به } (٣)

١- د ٠ محمود جمال الدين ف٢٤١- د٠الصده ، د٠السنهوري- السابقين
٢- د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٥٦،د٠ الصده ف٢٨٥ ، د٠ البدراوي ف٤٠١ ، د ٠منصور مصطفي منصور حق الملكية ف١٣٣
٣- د ٠محمد كامل مرسي ٢٣٥/٣- د٠محمد علي عرفه٢٤٣/٢

ولا يتم هذا التنازل إلا إذا كان قد حصل شهره وفقا لقانون الشهر العقاري ، ولا يغني مجرد التقرير به في الدعوى بعد رفعها ٠ (١)

٣- ويري البعض وهو الراجح في نظرنا :- [ان نزول المشتري عن حق الارتفاق لا يكون له اثر في إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة] (٢)
ويؤيد هذا الرأي ما قاله أستاذنا الدكتور السنهورى في قوله: [وعندنا ان حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشتري في البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة .
وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من اثر قانوني ترتب مباشرة علي إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ٠] (٣)

الحالة الثالثة للجوار : ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل ٠

يثبت حق الشفعة أيضا للجار المالك - إذا كانت ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة علي الأقل . ولا زلنا مع الأرض المجاورة غير المعدة للبناء - الأرض الزراعية - ولم يتوافر فيها حق الارتفاق ...... كما كان في الحالة الثانية ٠

١- نقض مدني ١٩٥٥/١١/١٧ م -٦-٢٠٤-صـ١٢٠١
٢- د ٠ السنهورى فـ١٨٦،
ونفس المعني د٠ محمود جمال الدين فـ٢٤١ صـ ٢٤٢
٣- د٠ السنهورى صـ ٥٧٤- ٥٧٠

إلا ان ثبوت الشفعة في الحالة الثالثة يتطلب شرطان :

١- ان تكـون ارض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين من الجهات الأربـع الأصلية - البحرية والقبلية والشرقية والغربية . فلا يكفـي التلاصق من جهة واحدة حتى ولو كان ذلك علي طول الحد بأكمله ، ولا يشتـرط في التلاصق ان يقـع مـن جهـتين متجاورتين - البحرية والشرقية أو الغربية والقبلية - بل يجوز وقـوعه من جهتين متقابلتين الشـرقيـة والغـربـيـة أو القـبلـيـة والبـحـريـة . وهذا الشرط يجب توافـره في الأرض المشفـوع بها لا المشفوع فيها بل يجب ان يكون التلاصق من جهتين لعقار واحد يملكه الشفيع لا عقاريين - لان الشفعة قيد يرد علي حرية التصرف فيجب عدم التوسع في تفسير أحكـامها (١)

٢- ان تساوى ارض الجار من القيـمة نصـف ثمـن الأرض المبيعة علي الأقل منعا لمضاربة صغـار الملاك المجاورين بقطعة ارض صغيرة ومنعا لاستغلال المشتـري للحصـول منه علي مبلغ من المال مقابـل التنـازل عن طلب الشفعة والقيمة الحقيقية لارض الجار تقدر وقت إبـرام البيع حيث يجب تـوافـر شـروط الشـفـعـة فـي هـذا الـوقت أما الأرض المبيعة فالعبرة بثمنها الحقيقي الذي تم به البيع (٢)

ويقول أستاذنا الدكتور عبد المنعم الصده

[وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة علي الشيوع لعـدة شركاء وطلبوا جميعا الأخذ بالشفعة ، كانت العبرة بقيمة الأرض كلها . أما إذا طلب الشفعة أحد هؤلاء الشركاء فحسب فان الذي يعتد به هو قيمة نصيبه في هذه الأرض ، بحيث يجب لجواز الشفعة الا تـقل هـذه القيمـة وحـدها عن نصف ثمن الأرض] (٣)

١- د. الصده ف ٢٨٦ - د .محمد كامل مرسي ٢٢٩/٣

٢- د. الصده ف٢٨٦- د. محمد كامل مرسي ٢٣٠/٣- د. محمد علي عرفه ٢٤٧/٢ -د. عبد الفتاح عبد الباقي ف٢٥٧-د منصور مصطفي منصور ف١٣٣

٣-د . الصده ف٢٨٦

أسباب الشفعة في الفقه الإسلامي :

اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي لـه حصة شائعة في نفس العقار المبيع مادام لم يقاسم الشركاء في ذلك ٠ واستدلوا على ذلك من السنة بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : [قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، فلا شفعة] (١)٠

وقد نقل ابن المنذر إجماع العلماء على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم حيث قال : [أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط] (٢)٠

ورغم اتفاق الفقهاء على أن الشركة المجيزة للشفعة هي الشركة في الملك فقط حيث تثبت الشفعة للشريك في رقبة العقار ٠ فقد اختلفوا حول الشركة التي تكون محلا للشفعة على قولين :

القول الأول :

يرى بأنه لا شفعة في كل ما لا ينقسم وهو ما ذهب إليه الإمام مالك في إحدى روايتيه والأصح عند الشافعي ، وفي ظاهر المذهب عند الحنابلة ، وعلتهم في ذلك : أن إثبات الشفعة فيما لا ينقسم يترتب عليه إضرار بالبائع ، لأنه لا يمكنه التخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ، بل ربما يمتنع المشتري لأجل الشفيع وقد يمتنع البيع فيؤدي إلى سقوط الشفعة (٣) ٠

---

(١) البخاري ٤ / ٤٣٦ ط السلفية ٠

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ٤٦٠ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، الإجماع لابن المنذر ص ١٢١ ٠

(٣) المغني لابن قدامة ٥ / ٤٦١ ٠

القول الثاني :

يرى بأن الشفعة واجبة في العقار الذي يقبل القسمة والذي لا يقبلها . أي بصفة مطلقة .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والإمام مالك في روايته الثانية ، والصحيح عند الشافعية وفي رواية عند الحنابلة .

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بعموم حديث جابر رضي الله عنه . قال :

قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم .

وقالوا بأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر اللاحق بالشركة فتجوز فيما لا ينقسم .... والضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، وإذا كان الهدف من المشرع الحكيم هو دفع الضرر الأدنى فمن باب أولى دفع الضرر الأعلى ، وأما الأحاديث الخاصة بالشفعة إذا كانت مختصة بالعقارات المقسومة ، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة (١) .

ولكن هل تجوز الشفعة في المنفعة ؟؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشفعة لا تثبت في الشركة في ملك المنفعة . بل تثبت الشفعة للشريك في رقبة العقار فقط دفعا للضرر اللاحق بالشركة .

---

(١) الموسوعة الفقهية لدولة الكويت مصطلح (شفعة) .

وفي قول لمالك ذهب إلى أن الشريك في المنفعة يجوز له المطالبة بالشفعة أيضا • بل اشترط بعض المالكية للشفعة في الكراء أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن] (١) •

وبهذا أخذ القانون الوضعي حيث أجاز للشريك في حق الانتفاع الأخذ بالشفعة ••• بل جعله المشرع في المرتبة الثانية عند تزاحم الشفعاء •

شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع :

اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع مادام لم يقاسم • ولكن اختلفوا في ثبوتها للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع على قولين :

القول الأول :

عدم ثبوت الشفعة للجار الملاصق ولا للشريك في حق من حقوق العقار المبيع – كالاشتراك في حق الطريق ، أو في حق الشرب أو حق المجرى أو المسيل •••• الخ حقوق الارتفاق •

وبهذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، وبه قال : أهل المدينة وعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر(٢) •

---

(١) المبسوط ١٤/ ٩٥ ، الخرشي ٦ / ١٦٣ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٧٤ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٣١ •

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٥٦ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٤ ، الكافي في =

وقد استدلوا على قولهم بما رواه جابر بن عبد الله – رضي الله عنه – بقوله : [قضى النبي – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة] (١).

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن في صدره إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم ، لأن كلمة إنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه ، وآخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود ، وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية في هذه الحالة] (٢) حيث لا شفعة بعد القسمة لأن الأرض بعد القسمة صارت غير مشاعة (٣) وإذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أحرى ألا تكون واجبة للجار ، لأن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم ، فالحديث صريح في أنه لا شفعة للجار .

ويؤيد ذلك ما رواه عبادة بن الصامت في قوله [قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرض والدور] (٤) ، وما رواه أبو هريرة – رضي الله عنه – قال : قال

= فقه أهل المدينة ٢ / ١٢٠ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، المهذب ٢ / ٣٧٧، المغني لابن قدامة ٥ / ٤٦١، الروض المربع ٥ / ٤٣٢ ، المقنع ٢ / ٢٥٨ ، شرح النووي على صحيح مسلم ٦ / ٥٠ ، نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٤٦١ .

(١) أخرجه البخاري ٤ / ٤٣٦ .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية لدولة الكويت مصطلح (شفعة) ف ١١ ص ١٤٠ .

(٣) الروض المربع ٥ / ٤٢٧ .

(٤) شرح الفتح الرباني ٥ / ١٥٣ .

رسول الله صلى الله عليه وسلم [إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيهـا] (١) ٠

واستدلوا بالمعقول بقولهم :

إذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري ٠ ولا يدفع ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري ، فإن المشتري في حاجة إلى دار يسكنها هو وعياله ، فإذا سلط الجار على انتزاع داره منه أضربه ضررا بينا وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا (٢) ٠

واستدلوا بقولهم [الاستصحاب] أن الأصل في انتقال ملك شيء من شخص لآخر لا يكون إلا برضاه ، فيعمل بهذا الأصل حتى يدل دليل على خلافه ، والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم فيبقى ما عداه على الأصل فلا تثبت الشفعة لسواه (٣) ٠

القول الثاني :

يرى إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق العقار المبيع ، وبهذا ذهب الحنفية وابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى ٠

وسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين : الشركة أو الجوار ثم الشركة نوعان :

أ – شركة في ملك المبيع ٠

ب – شركة في حقوقه ، كالشرب ، والطريق ٠

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥ / ٣٣١ ٠

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٢ / ٢٥٩ ٠

(٣) المغني ٥ / ٤٦١ ٠

قال المرغيناني : (الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم للجار) (١) .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية : أن أسباب الشفعة ثلاثة :

الأول : أن يكون مشاركا في نفس المبيع كاشتراك اثنين في عقار شائعا .

الثاني: أن يكون خليطا في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص .

الثالث: أن يكون جارا ملاصقا للعقار المبيع .

ومن هذين النصين يتبين للباحث بأن حق الشفعة يثبت شرعا عند الحنفية للشريك والخليط والجار الملاصق . وهو من يتصل عقاره بعقار غيره من إحدى الجهات اتصالا مباشرا دون فاصل ، ولو كان باب داره من سكة أخرى نافذة أو غير نافذة (٢) .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه : بحديث الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله : أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار ، فقال : الجار أحق بسقبه] (٣) .

وبحديث جابر – رضي الله عنه – قال : قال النبي – صلى الله عليه وسلم – [الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحدا] (٤) لأن السقب معناه القرب ، وهذا يعني أن الجار بسبب قربه أحق بالشفعة . وخاصة ولو كان طريقهما واحدا .

---

(١) راجع المبسوط ١٤/ ٩٣ – ٩٤ ، بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٨١ .
(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٤٨٢ ، م ١٠١ من مرشد الحيران .
(٣) أخرجه النسائي ٧ / ٣٢٠ – السقب [القرب والملاصقة] .
(٤) أخرجه الترمذي ٣ / ٦٤٢ .

ويؤيد هذا الرأي ما رواه سمرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : جار الدار أحق بالدار] (١) ٠

واستدلوا من المعقول بأنه إذا كان الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفضائها إلى ضرر المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها ، وهذا لأن المقصود دفع ضرر المتأذي بسوء المجاورة على الدوام وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه ٠

والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ويعدل عن جوار البعض لسوء خلقه ، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر] (٢) ٠

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني :

مما سبق عرضه في الفقه الإسلامي والقانون المدني في أسباب الشفعة نجد أن القانون المدني أخذ برأي الحنفية ومن معهم بثبوت الشفعة للجار المالك وجعله في آخر مراتب الشفعاء في المادة ٩٣٦ / هـ التي ذكرناها سابقا وأجاز أيضا الشفعة للشريك في حق الانتفاع أو في حقوق الارتفاق وذلك على خلاف المالكية والشافعية والحنابلة حيث يرون بعدم ثبوت الشفعة إلا للشريك في العين الذي لم تقسم أي العين الشائعة بين الملاك والذي أراه هو رأي جمهور الفقهاء لأن الشفعة سيف مسلط على رقاب العباد وهي رخصة فلا يتوسع فيها ٠

---

(١) أخرجه الترمذي ٣ / ٦٤١ ٠

(٢) المبسوط ١٤ / ٩٥ ، والبدائع للكاساني ٦ / ٢٦٨٢ ، الموسوعة الفقهية لدولة الكويت مصطلح (شفعة) فـ ١٢ ٠

المطلب السادس
تزاحم الشفعاء في حالة التعد د

تثار ـذه المسالة عند وجود اكثر من شفيع واحد يجوز لهم الأخذ بالشفعة ، وزاحم بعضهم بعضا في طلبها،
ولهذا جاءت المادة ٩٣٧مدني بحالات ثلاث لتزاحم الشفعاء وهي :-

١- تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة .
٢- تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة .
٣- تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم .

ولكن ربما يكون تزاحم المشتري مع شفعاء ادني من طبقته أو من نفس طبقته أو اعلي منها .

وسنبين بايجاز هذه الحالات الثلاث فيما يلي :

الحالة الأولى : تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة :

تنص المادة ٩٣٧/ ١ مدني علي انه [إذا تزاحم الشفعاء ، يكون استعمال حق الشفعة علي حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة] ٩٣٦ مدني
ويفهم من نص المادة انه في حالة تزاحم الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها علي بعض ، فان الشفعة تكون لمن أعلاهم دون الأدنى .
وطبقات الشفعاء مرتبة علي الوجه التالي

(١) الطبقة الأولي : مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع
(٢) الطبقة الثانية : الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .
(٣) الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة
(٤) الطبقة الرابعة : مالك الرقبة فالحكر إذا بيع حق الحكر ، والمستحكر إذا بيعت الرقبة

(٥) الطبقة الخامسة: الجار المالك بأحواله الثلاثة السابقة فالأفضلية في الشفعة عند تزاحم الشفعاء لمن كان في الطبقة العليا علي سواه .

((فإذا باع الشريك في حق الانتفاع حصته فيه ، وطالب بالشفعة مالك الرقبة ، وشريكه في حق الانتفاع ، كانت الأفضلية لمالك الرقبة ، واستقل وحده بالأخذ بالشفعة ، لانه في الطبقة الأولى ، حين ان الشريك في الطبقة الثانية .
و إذا باع الشريك في الرقبة حصته فيها ، وطالب بالشفعة شريكه فيها وصاحب حق الانتفاع ، والجار ، كانت الأفضلية للشريك في الشيوع ، واستقل وحده الأخذ بها لانه في الطبقة الثانية حين ان صاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة ، والجار في الطبقة الخامسة .
و إذا بيعت الرقبة ، وطالب بالشفعة صاحب حق الانتفاع والجار كانت الأفضلية لصاحب حق الانتفاع ، لانه في الطبقة الثالثة ، حين ان الجار في الطبقة الخامسة.)) (١)

{{ و إذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر ، ثم باع صاحب حق الحكر حقه ، فالشفيعان في هذا الحق هما صاحبا الرقبة والجار ، ولما كان صاحب الرقبة في الطبقة الرابعة ويتقدم علي الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذي يأخذ حق الحكر بالشفعة .
و لو ان صاحب الرقبة هو الذي باع الرقبة ، فان الشفيعين في هذه الرقبة يكونان هما صاحب حق الحكر والجار .
ولما كان صاحب حق الحكر في المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا علي الجار ، فانه هو وحده دون الجار الذي يأخذ الرقبة بالشفعة. }} (٢)

١- د . محمود جمال الدين زكي ف ٢٤٨
٢- د . السنهوري ٩/ ١٩٥

الحالة الثانية : تـــزاحـــم الشـفـعـاء من طبقة واحدة

تنص المادة ٩٣٧ / ٢ مدني علي انه [إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحـــدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون علي قدر نصيبه]

ويفهم من هذا النص انه في حالة تعدد الشفعاء من طبقة واحدة من الطبقات الأربعة الأولى ، وطلبوا جميعا أصحـاب الطبـقـــة الـــواحـــدة الأخـذ بالشفعة ، اقتسموا العقار المشفوع فيه كل علي قدر نصيبه في العقار المشفوع به .

أما إذا انفرد أحـــدهم بطلب الشفعة أو بصحة طلبه اخذ العقار المشفوع فيه كله ،حتى لا تتجزأ الصفقــة علي المشتــري . وفي هذه الحالة يجب علي كل منهم ان يطلب الشفعة في كـــل العقار المشفوع فيه وفقا لقاعدة { عدم قابلية الشفعة للتجزئة} فلا يجوز للشفيع ان يأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون بعض ، ولهذا كان من اللازم طلب الشفعة في كل العقار ولو وجد معه شفعاء غيره .

كما لا يجوز للشفيع إذا بيع العقـــار لاكثر من واحد ان يأخــذ بالشفعة من بعضهم دون بعض ، لما فيه من تفريق للصفقـــة المؤدي للإضـــرار بالمشتري أو ببعض من المشتـــريـين . وتعتبر الصفقة واحدة إذا كانت العقارات متلاصقة أو منفصلـة ولكنها مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيـث يكون استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقي غير صالح لما اعـد لــه من الانتفاع ، كأن يكـــون أحـدهمـا مخصصا لاقامة مدرسة والأخر المنفصل عنـها معدا لسـاحـة العـاب لطلابـها أو تكـون كلـها مخصصـة لزراعـة الخضـر لشركـــة يقوم إنتاجها علي الحاصلات الزراعية . (١)

١- د . محمود جمال الدين ف ٢٤٩،٢٢١ - د. الصده ف ٢٩٣

وقد أخذ القانون الوضعي في هذه المسالة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الـذين قالوا بان استحقاق الشركاء يكون علي قدر نصيب كل منهم من العقار المشفوع ٠

خلافا للحنفية الذين قالوا : بأنـه إذا تـزاحـم شفعاء من مرتبة واحدة ، فإن الاستحقاق بالشفعة يكون بينهم علي التساوي أي ان المشفوع يقسم علي عدد الرؤوس لا بنسبة السهـام وذلك لانـهم متساوون في سبب الاستحقاق وهو الشركة او الخلطـة ، ولذ فإنهم يكونون متساوين في الحكم .

وعلي هذا لو كانت الدار شركة بين ثلاثة لاحـدهم نصفها وللأخر ثلثـها وللثـالث سدسـها ، فبـاع صـاحب النصـف نصيبه كان لكل من الشريكين الآخرين نصف الحصة المبيعـة ، وإذا كـان المشـتري أحـد الشـركاء فلـه ان يـأخذ بالشـفعة مـع الآخرين ولا يسقط حقه بالشراء ، لان إقدامـه عليـه يـدل علـي رغبته فيه ، ولهذا فان الحصة المبيعة تقسم علي الشركاء وهو أحدهم (١)

التزاحم بين الجيران ((الطبقة الخامسة))

لقد استقر الفقه الوضعي علي ان الحكم السابق في المادة ٢/٩٣٧ لا يمكن سـريانه في حـالـة تعـدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد حتى يأخـذ كـل واحد منهم الشفعة بنسبة نصيبه في هذا العقار ، مما أدى إلـى وجـوب الأخـــذ بالقاعدة القديمة التي نص عليـها قـانـون الشـفعـة السابـق واحتوي عليها المشروع التمهيدي للمادة ٩٣٧ لاعتبارها عرفا مستقرا جري عليه العمل ، ولم يكن إغفالها إلا لمجـرد السهو

١- انظر مجلة الأحكام علي حيدر م ١٠١٢ ، ١٠١٣ -
د ٠ حسون طه حق الملكية - مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٧ ف ٢٠٥

وهـي الحكم العـادل عنـد سكـوت النـص ،فيحكم بالشفعة عند التزاحم بين الجيران ، للجار الذي تعـود علي ملكـه منفعة مـن الشفعة اكثر من غيره من الجيران الآخرين • (١)
وهـذه مسـالة تقـديـرية متروكة لقاضي الموضوع في ضوء ظروف كل حالة علي حدة •

علي ان يراعي في التقدير دائما مقـدار المنفعة التي تعود علي العقار المشفوع به ... حيث لا يعتـد بالمنفعة التـي تعـود علي عقار آخر يملكه الشفيع ، ولا بالفائدة التي قد تعود علي الشفيع شخصيا من الاخذ بالشفعة• (٢)
بل يراعي علي كل حال ، في التفضيل بين الجيـران موقع عقار كل منهم ، وتخصيصه، وضرورة أو عدم ضـرورة توسيعه (٣)

تطبيـقـات قضـائيـة :

١- إذا تزاحم جاران لارض كل منهما حق ارتفـاق بالـريِ علي الأرض المشفوع فيها ، ولكـن أحـدهما يجـاور مـن جهة واحدة بينما يجاور الأخر من جهتين فان هذا الأخيـر هـو الذي يفضل •

٢- وإذا تزاحم جاران وكان عقـار كـل منـهما مـحملا بحقوق ارتفاق كانت الأفضلية لمن كـان عقـاره مـحمـلا بحقـوق ارتفاق أوسع نطاقا واثقل عبنـا مـن تلك الـتي يتـحمل بـها العقار الاخر• (٤)

١- د • السنهورى ٩/١٩٦ ـ د • جمال الدين زكي ف٢٤٩ ـ
د• الصده ف ٢٩٣ ـ د • البدراوى ف ٤٢٥ ـ
د • محمد علي عرفه ٢/٢٥٠ عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقي ف ٢٦٣
٢ ـ د• الصده ف ٢٩٣ ـ نقض ٢٣نوفمبر ١٩٥٠ لسنة ٢رقم ١٥ص٧٤ ـ
نقض ٢ اديسمبر ١٩٤٦ جـ٥ رقم ١١٩ ص٢٧٢
٣- د• جمال الدين زكي ف ٢٤٩ ٤- أشار إليهما د• الصده ص٤٣٧

٣- وإذا تساوت عقارات الجيران المتزاحمين في المنفعة التي تعود عليها من الشفعة ، قسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء بنسبة ما يملكه كل منهم ٠ لانه في حالة عدم وجود مرجح لجار علي أخر يتعين الرجوع إلى القاعدة الأصلية المنصوص عليها في حالة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ٠(١)

الحالة الثالثة :التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحد منهم

تنص المادة ٣/٩٣٧ مدني التي تقول : [فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فانه يفضل علي الشفعاء الذين هم من طبقته او من طبقة ادني ولكن يتقدمه الذين هم من اعلي]

و يفهم من هذا النص ان المشتري إذا توافرت لديه سبب من أسباب الشفعة وزاحمه شفعاء آخرون فانه يوجد فروضا ثلاثة يمكن ان يتحقق فيها هذا التزاحم ، حيث يختلف الحكم بحسب ما إذا كان المشتري يزاحمه شفعاء أدني طبقة منه او اعلي ، أو في نفس الطبقة ٠

الفرض الأول : إذا زاحم المشتري شفعاء ادني طبقة منه

كما لو باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة لمالك الرقبة وطلب الشريك الأخر الشفعة فيها ٠ فضل المشتري مالك الرقبة أو اشتري أحد الشركاء حصة شائعة

١- د ٠ الصده ف٢٩٣ ص ٤٣٧ — محاضرات في القانون المدني — أسباب كسب الملكية ف ٢٥٣

لشريك أخر في الشيوع فضل المشتري ولا يستطيع الجـــار ان يأخذها بالشفعة منه لانه في طبقة ادني من المشتري وعلي هذا لم يأت النص بشيء جديد عما هو عليه في المــــادة ١/٩٣٧

الفرض الثاني : إذا زاحم المشتري شفعاء اعلي طبقة منه

كما لو باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة الي شريك أخر، فانه يجوز لمالك الـرقبـــة أخـذها منه بالشفعة إذا طلبها حيث له الأولوية .

وإذا اشتري الجار حصة شائعة في العقار المشفوع فيه ، فانه يجوز للشركاء في الشيوع أخذها منه بالشفـعـــة لما لهم من الأفضلية وذلك في حالة طلبها ، ولكـونـهـم مـن طبقة اعلي وفـقـــا للتـرتيب السابـــق فـــي المادة ١/٩٣٧ مدنـي

الفرض الثالث: إذا زاحـم المشتري شفعاء من ذات طبقته

كما لو اشتري شريك في الشيوع حصة شريك أخر ، فلا يجوز لبقية الشركـاء ان يطـالبـوا فيها بالشفعة لان المشتري ، وهو شفيع في ذات طبقـاتهـم يـفـضـل عليهـم . و إذا باع شريك في الشيوع حصته الشائعة في العقار إلى أحـد الجيران فطلب الشفعة فيها الجيران الآخرون ، كانت الأفضليـة والأولوية للمشتري ، حتى ولو كان بين الجيران الآخـريـن من تعود علي ملكه منفعة من الشفعة أكثـر مـن المشتـــري . لان الجيران جميعا يعتبرون من طبقة واحدة بصرف النظر عن مقدار المنفعة التي تعود علي ملك كل منهم مـــن الشفعة . (١)

١- د . الصده ف٢٩٤ - د . السنهورى ٢٠١/٩
د . البدراوي ف ٤٢٦ ، د . عبد الباقي ف ٢٦٤

إلا ان القضاء قد فضل الجار الذي تعود علي ملكه من الشفعة منفعة اكبر علي الجار الذي اشتري العقار المشفوع فيه حيث يجيز له الأخذ بالشفعة منه :

وأيدت محكمة النقض هذا القضاء و أوجبت [علي محكمة الموضوع ان توازن بين المنفعة التي تعود علي ملك الجار الشفيع وتلك التي تعود علي ملك الجار المشتري وان تفصل في طلب الشفعة وفقا لنتيجة الموازنة ، فتقضي بالشفعة للشفيع متي ثبت ان منفعة ملكه من الشفعة اكبر ، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التي تعود علي ملك المشتري اكبر ، أو إذا تساوت المنفعتان]

ويكون الحكم الذي يغفل هذه الموازنة ويرفض دعوي الشفعة بناء علي المساواة في سببها ، قد خالف القانون ٠(١)

١- نقض ١٢ ديسمبر ١٩٤٦ جزء ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢
أشار إليه د٠ محمود جمال الدين زكي ف ٢٥٠

التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم
في
الفقــــه الإسلامــــــي

****

إذا كان المستحق للشفعة فردا واحدا وطلبها وفقا للإجراءات اللازمة لذلك فهي لـه بقوة الشرع والقانون أما إذا كان المستحقون للشفعة أكثر من فرد واحد ولم يطلبها إلا فرد واحد فهي له دون غيره من المستحقين لها .

وإذا طلبها أكثر من شخص واحد مع اتحاد سبب الشفعة لكل منهم بأن كانوا جميعا في مرتبة واحدة كما لو كانوا شركاء في عين العقار المباع جزء منه أو جيرانا يشتركون في حق من حقوق الارتفاق كالطريق والشرب أو جيرانا فقط عند الحنفية القائلين بالشفعة بسبب الجوار ففي هذه الحالة إن حدث تنازل من بعض الشفعاء عن حقهم في الشفعة لزم الباقي بحيث يأخذ الكل أو يترك الكل لأن الشفيع لو أخذ بقدر نصيبه فقط فإنه يعد تبعيضا للصفقة وتبعيض الص ة يلحق الضرر فق بالمشتري فلا يندفع عنه إلا بأخذ الكل أو ترك الكل (١) .

أما لو ظل كل واحد من الشفعاء متمسكا بنصيبه في الشفعة ومطالبا بذلك فقد اختلف الفقهاء في كيفية توزيع المبيع [المشفوع فيه] على الشفعاء عند اتحاد سبب الشفعة لكل منهم . على قولين :

القول الأول : يرى بأنه في حالة تعدد الشفعاء وتزاحمهم في طلب الشفعة يوزع المشفوع فيه على الشفعاء بقدر أنصبتهم أي بقدر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ٥٢٧ ، الروض المربع ص ٤٣٥ ، شفعة الجار المالك د / أبو الحسن إبراهيم على ص ١٨٢ .

الحصص من الملك لا على عدد الرءوس وهذا ما ذهب إليه المالكية – فيما يقبل القسمة – والأظهر عند الشافعية والصحيح من المذهب عند الحنابلة ، والمروي عن الحسن وابن سيرين وعطاء وسوار وانعنبري وإسحق وأبي عبيد (١) .

واستدلوا على ذلك :

بأن الشفعة حق ناشئ بسبب فكان على قدر الملك ، كالغلة والثمرة والأجرة المستفادة من الملك ، وكالربح في شركة الأموال ، فكما أن الغلة تقسم على الشركاء بنسبة حصصهم في المال المشترك، فكذلك ما يستحقونه بالشفعة يكون بنسبة حصصهم في المشفوع به ، فيأخذ كل من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار المشفوع به .

كما أن الشفعة شرعت لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد من الشركاء بحسب التساوي ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص (٢) .

القول الثاني : يرى بأن العقار المشفوع فيه يقسم على المستحقين للشفعة والطالبين لها بالتساوي حسب عدد الرءوس لا على قدر الملك .

---

(١) المدونة ٤/ ٢٠٧ ، بداية المجتهد ٢/ ٢٥٧ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٦ ، مواهب الجليل ٥/ ٣٢٥ ، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٥ ، المغني ٥ / ٥٢٣ ، كشاف القناع ٤/ ١٦٤ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٥٧ ، بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٨٣ ، شفعة الجار المالك ص ١٨٤ .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، والمالكية – فيما لا يقبل القسمة – ، والشافعية في قول ، والحنابلة في قول والظاهرية وهو قول ابن أبي ليلى ، وابن شبرمه والثورى وعثمان البتي ، وهو المروي عن النخعي والشعبي والحسن البصري (١) .

واستدلوا على ذلك :

بأن السبب في موضوع الشركة هو أصل الشركة ، وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق (٢) . وعلة الاستحقاق هي الملك وليست مقدار الملك . بدليل أن صاحب القليل إذا انفرد أخذ الكل ، فتملك الجزء ، ولو كان قليلا لاستحقاق الكثير (٣) .

وكما يقسم المشفوع فيه على الشركاء بالتساوي عند الحنفية ، يقسم أيضا على الجيران بالتساوى بصرف النظر عن مقدار المجاورة ، فإذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت ، بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار وجوار الآخر بسدسها ، كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو أصل الجوار .

فالقاعدة عند الحنفية هي أن العبرة في السبب أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدرة ، وهذا يعم حال انفراد الأسباب واجتماعها (٤) .

---

(١) البدائع ٦ /٢٦٨٣، ابن عابدين ٦ / ٢١٩، شرح الخرشي ٤ / ٣٨٩ ، المدونة ٤ / ٢٠٧ ، نهاية المحتاج ٥ / ٢١١ ، مغني المحتاج ٢ / ٣٠٥ ، المغني ٥ / ٥٢٣ ، الإنصاف ٦ / ٢٧٦ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ ، المحلى لابن حزم ٩ / ٨٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٨٣ .

(٣) المبسوط ١٤/ ٩٨ .

(٤) البدائع ٦ / ٢٦٨٣ – ٢٦٨٤ ، الموسوعة الفقهية (مصطلح شفعة فـ ٤١] .

ولأنه لما كان كل من الشفعاء المتعددين متساويا مع الآخر في الاستحقاق فيقتضي ذلك مساواتهم في الحكم ، لأن الأخذ بالشفعة ليس بكثرة العلة والسبب ، وإنما هو بوجود العلة والسبب ، فمتى وجدت المشاركة تحققت علة استحقاق المبيع بالشفعة وفي هذه الحالة لو اجتمعت علل متعددة في حق الشفيع ذي الحصة الكبيرة في المشفوع به ووجدت علة واحدة في حق ذي الحصة الصغيرة ، فالمساواة متحققة بين صاحب الحصص المتعددة وبين صاحب الحصة الواحدة (١) ٠

القول الراجح : بعد عرض القولين والاستدلال لهما يتبين لنا بأن القول الثاني الذي يقضي بقسمة المشفوع فيه على الشفعاء عند تعددهم واتحاد سبب الشفعة على عدد رؤوسهم لا على قدر الملك هو الراجح لقوة أدلتهم وسلامتهما من المعارض ولما فيه من مصلحة للإطراف جميعا وعدم الإضرار بهم ٠

ولأن سبب الشفعة هو المشاركة أو الجوار في العقار وليس مقدار السبب كما أن الضرر الذي يقع على صاحب القليل ليس بأقل من الضرر الذي يقع على صاحب الكثير ، ولو كان الضرر يتقدر بقدر نصيب الشركة أو الجوار لا ندفع ذلك الضرر بأخذ الشفيع بقدر ما يتناسب مع نصيبه ابتداء ولو مع انفراده بالشفعة دون مزاحمة ، فعدم حصول ذلك في حق الشفيع دل على أن دفع الضرر بأخذ الكل (٢) ٠

---

(١) انظر المجلة لعلي حيدر ٢ / ٢٨٣ شفعة الجار المالك ص ١٨٥ ٠

(٢) د ٠ أبو الحسن إبراهيم على في المرجع السابق ص ١٨٦ – ١٨٧ ٠

التزاحم عند اختلاف سبب الشفعة :

ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعي فيها الترتيب بين الشفعاء فيقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حق المبيع ، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق لما روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال :

[الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره] (١) .

ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال ، والاتصال على هذه المراتب ، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط ، والاتصال بالخلط أقوى من الإتصال بالجوار ، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح . فإن سلم الشريك وجبت للخليط .

وأن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم ، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا ، وهذا على ظاهر الرواية ، وروي عن أبي يوسف أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (٢) . هذا عند الحنفية .

خلافا للشافعية والحنابلة فإنهم لا يثبتون الشفعة إلا للشريك في الملك . دون الحقوق في المبيع أو الجوار الملاصق .

أما المالكية فلا يتأتى التزاحم عندهم لأنهم وإن وافقوهم في ذلك ، إلا أنهم ذهبوا مذهبا آخر فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجه واحدة ، وذلك عندما يكون كل شريك أصلا في الشركة لا خلفا فيها عن غيره ، أما إذا كان بعضهم خلفا

---

(١) الزيلعي في نصب الرواية ٤ / ١٧٦ مشار إليه في الموسوعة الفقهية هامش ١٥٦ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٦٩٠ ، المبسوط ١٤/ ٩٤ ، ابن عابدين ٦ / ٢١٩ .

في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء وإنما يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار ، ويظهر ذلك في الورثة ، فإذا كانت دار بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين ، وزوجتين ، وشقيقتين ، فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار كانت الشفعة أولا لشريكتها في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي ، فتكون الجدة – مثلا – أولى بما تبيع صاحبتها (وهي الجدة الأخرى) لاشتراكهما في السدس ، وهكذا (١) ٠

مزاحمة المشترى الشفيع لغيره من الشفعاء :

إذا كان المشتري شفيعا من بين شفعاء مثله ، فما حكم الشفعة بين هؤلاء الشفعاء ؟؟

اختلف الفقه الإسلامي في بيان حكم هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : يرى بأن المشترى الشفيع لا يفضل على باقي الشفعاء ، فلو اشترى أحدهم فهو في الشفعة كواحد منهم إذ لا يشترط عند جمهور الفقهاء أن يكون البيع لأجنبي ٠ وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية (٢) ٠

---

(١) شرح منح الجليل على مختصر خليل ٣/ ٦٠٢ ، الخرشي ٦/ ١٧٧ – ١٧٨ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٩٢ – الموسوعة الفقهية لدولة الكويت مصطلح (شفعة) فـ ٤٢ ص ١٥٧ وقد أشارت إلى هذه المراجع ٠

(٢) المبسوط ١٤/ ١٢٢ ، ابن عابدين ٦ / ٢٣٩ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٠٢ ، الخرشي ٦ / ١٦٤ ، مغني المحتاج ٢ / ٣٠٠ ، المهذب ١٣/ ٣٨٠ ، المغني لابن قدامة ٥ / ٥٢٥ ، المقنع ٢ / ٢٦٤ ، المحلى لابن حزم الظاهري ٩ / ٧٩ ، وانظر : د ٠ أبو الحسن إبراهيم على في المرجع السابق ص ١٨٧ ٠

وأيدوا وجهة نظرهم : بأن الشركاء بما فيهم المشتري يتساوون في الشركة فكذلك يتساوون في الشفعة ، كما لو كان المشتري غير شفيع ، بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع فيه (١) .

ويترتب على هذا القول :

أنه إذا كان المشتري شفيعا ، فإنه يزاحم غيره من الشفعاء بقوة سببه ويزاحمونه كذلك بقوة السبب ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة ، فالمشتري الشفيع – الشريك – يقدم على من دونه في سبب الشفعة ، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب . وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفيعا مثلهم فيشاركهم ولا يقدم أحدهم على الآخر بشيء ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رءوسهم عند الحنفية ، وعلى قدر أملاكهم عند غيرهم كما هو أصل كل منهم في تقسيم المشفوع فيه على الشفعاء في حالة ما إذا كان المشتري أجنبيا (٢) .

القول الثاني : يرى بأنه لو كان المشتري أحد الشفعاء في المبيع فلا شفعة لشركائه عليه . ويشترط للأخذ بالشفعة هنا أن يكون البيع لأجنبي . وهذا ما رواه ابن الصباغ عن الحسن والشعبي وعثمان البتي (٣) .

---

(١) المغني ٥ / ٥٢٦ ، شفعة الجار المالك ص ١٨٨ .
(٢) الموسوعة الفقهية جـ ٢٦ ص ١٥٨ فـ ٤٣ .
(٣) المغني ٥ / ٥٢٥ – ٥٢٦ ، المحلى لابن حزم الظاهري ٩ / ٧٩ .

<u>ووجهة نظرهم</u> : أن الشفعة تثبت لدفع الضرر عن الشريك من المشتري الحادث وهذا شركته متقدمة وثابتة قبل المبيع فلا ضرر من جديد يتوقعه الشريك بسبب الشراء (١) ٠

ولكن يرد على ذلك بأن حصول الضرر متوقع بمجرد حصول الشراء وانتقال ملكية الشقص إلى الغير من غير نظر إلى صفة المشتري ومدى شراكته في العين (٢) ٠

<u>القول الثالث</u> : يرى بأنه لا شفعة للمشتري ويأخذ الشركاء الآخرون بالشفعة عليه وهذا مروي عن الحسن والشعبي وعثمان والبتي ٠

وأيدوا قولهم : بأن الشفعة قد استحقها الشريك على المشتري فلا يستحقها المشتري على نفسه ٠

<u>ولكن يرد على ذلك</u> :

بأن أخذ الشريك لجميع المبيع يكون أخذا بحقه في الشفعة ويحق غيره فيها أيضا دون وجه ، فإذا كان له الحق في الأخذ شقصه بقدر فليس له الحق في أن يأخذ الباقي بشفعة غيره لأن المشتري يمنع الشريك من أخذ حقه في الشفعة بأخذه لها (٣) ٠

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ٥٢٥ ٠

(٢) د ٠ أبو الحسن إبراهيم على – المرجع السابق - ص ١٨٨ ٠

(٣) شفعة الجار المالك- د ٠ أبو الحسن على ص ١٨٨ – ١٨٩ ٠

الترجيــــح :

والذي نراه ونؤيده من الأقوال الثلاثة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم أفضلية للشفيع المشتري على غيره من الشفعاء في الأخذ بالشفعة • لأن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني والثالث لا سند له من الأدلة – ولعموم الأحاديث التي وردت بثبوت الشفعة والتي لا تفرق بين الشفيع إذا كان مشتريا أو غير مشتر في الأخذ بالشفعة وفضلا عن ذلك فإن شراء الشريك لا يسقط حقه في تمليك الشقص القديم ، وما دام تملكه فيه قائما فحقه في الشفعة كذلك (١) •

المقارنــــة :

ومما سبق عرضه في الفقه الإسلامي والقانون المدني بشأن مسألة التزاحم بين الشفعاء عند تعددهم يتضح لنا ما يلي :

(١) سبق الفقه الإسلامي في إثارة هذه المشكلة وإيجاد الحلول المناسبة لها قبل تعرض القانون الوضعي لها •

وهذا يدل على مكانة الفقه الإسلامي ودقته وشموله وحكمته وصلاحيته لكل زمان ومكان وقدرته على بيان الحكم الشرعي في الوقائع والمسائل المستحدثة • مما يدفع الباحث والدارس إلى الرجوع إليه في كل مسألة •

(٢) أخذ القانون المدني بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة في الصحيح عندهم والشافعية في أظهر القولين

---

(١) المرجع السابق – ص ١٨٩ – ١٩٠ •

عندهم عند تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، حيث نص على استحقاق كل منهم للشفعة بقدر نصيبه لا على عدد الرءوس ٠ حيث يقسم المبيع المشفوع فيه بين الشفعاء في جميع الحالات كل واحد يأخذ على قدر نصيبه وفقا للمادة ٩٣٧ / ٢ ٠

(٣) اتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني في ضرورة التقدم بطلب الشفعة في المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري ٠

(٤) اشترط القانون المدني للأخذ بالشفعة أن يكون البيع لأجنبي أما إذا كان المشتري أحد الشفعاء في المبيع فلا تثبت الشفعة للباقين منهم وفقا للمادة ٩٣٧ / ١ وبهذا أخذ برأي الحسن والشعبي وعثمان البتي ٠

(٥) خالف القانون رأي جمهور الفقهاء حيث لا يفضل المشتري عندهم على باقي الشفعاء ، فإن اشترى أحدهم فهو في الشفعة كواحد منهم ، إذ لا يشترط عند جمهور الفقهاء للأخذ بالشفعة أن يكون البيع لأجنبي ، فالشفعة تجوز على أي مشتر للعقار المبيع سواء أكان قريبا للبائع أم كان أجنبيا عنه لعموم النصوص المثبتة للشفعة (١) ٠

(٦) يرى غالبية رجال القانون المدني إلى جعل الأفضلية للجار الذي تعود عليه منفعة أكثر في الأخذ بالشفعة إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم في حالة تساوي الشفعاء الجيران في المنفعة عند الأخذ بالشفعة حيث يرى البعض قسمة العقار المبيع بينهم بالتساوي

---

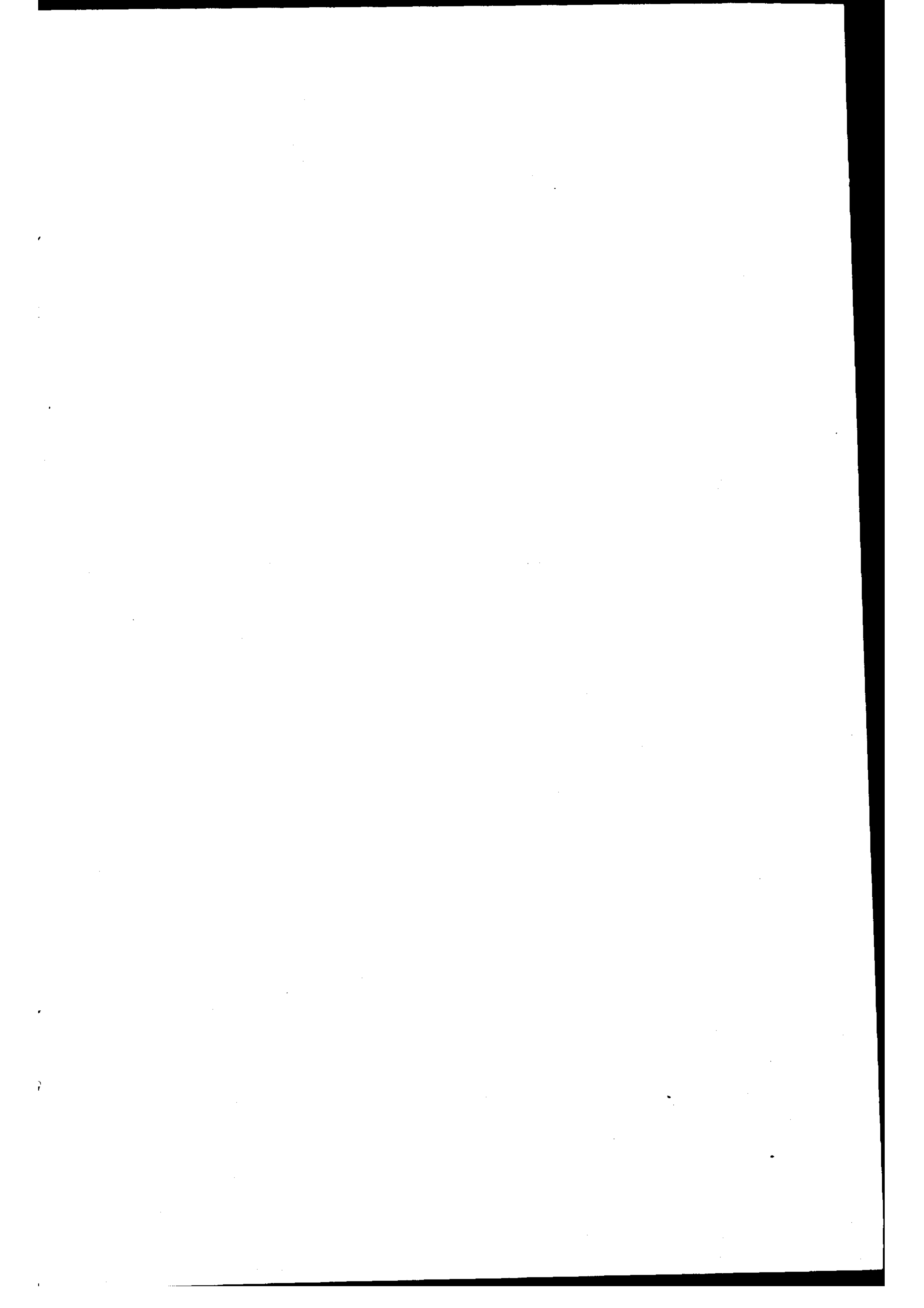
(١) شفعة الجار المالك ص ٢٠٤ ٠

(على عدد الرءوس أخذا بما ذهب إليه الحنفية ويرى البعض الآخر قسمة المبيع بنسبة ما يملكه كل من الشفعاء وفقا للرأي الآخر من الفقه الإسلامي) ٠

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ..

---

(١) شفعة الجار المالك ص ٢٠٤ ٠



رقم الإيداع

٦٣٠٠/ يناير ٢٠٠٣

التركى

للكمبيوتر وطباعة الأوفست - طنطا